

**RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL OPERADOR JUDICIAL TRAS LA
OMISIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA MEDIDA DE
ASEGURAMIENTO EN COLOMBIA.**

AUTOR

**GEISEL RODGERS POMARES
CÓDIGO :7000957.**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE POSGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y
JUSTICIA PENAL MILITAR
2015**

**RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL OPERADOR JUDICIAL TRAS LA
OMISIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA MEDIDA DE
ASEGURAMIENTO EN COLOMBIA.**

AUTOR

**GEISEL RODGERS POMARES
CÓDIGO :7000957.**

**ASESOR METOLOGICO:
Doctor JAIME ALFONSO CUBIDES CÁRDENAS**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE POSGRADOS
ESPECIALIZACIÓN EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y
JUSTICIA PENAL MILITAR.
2015**

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL OPERADOR JUDICIAL TRAS LA OMISIÓN DEL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO EN COLOMBIA.¹

GEISEL RODGERS POMARES²

RESUMEN

Con el objeto de contribuir al cuestionamiento de la aplicación de uno de los instrumentos con los que cuenta nuestro operador judicial cuando se enfrenta a la colisión de Derechos Fundamentales, esto es, el juicio o test de proporcionalidad. A través del presente artículo, y con el estudio de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana se pretende establecer que, pese a ser un parámetro establecido, el uso o no del mismo está sujeto a la autonomía del funcionario competente. De esta forma, el trabajo examinará 3 ejes temáticos como son: el test de proporcionalidad, medida de aseguramiento, y los elementos de la responsabilidad disciplinaria del operador judicial.

Palabras claves:

Medida de aseguramiento, test de proporcionalidad, responsabilidad disciplinaria, Juez de Control de Garantías

¹Artículo de reflexión producto de la investigación cualitativa-hermenéutica, como requisito de grado dentro de la Especialización Procedimiento Penal Constitucional y Justicia Penal Militar de la Universidad Militar Nueva Granada.

²Abogada de la Universidad de San Buenaventura Cartagena. Correo electrónico:drarodgers@hotmail.com

OPERATOR LIABILITY JUDICIAL DISCIPLINE AFTER DEFAULT PROPORTIONALITY TEST IN IMPOSING SECURITY MEASURE IN COLOMBIA.

Abstract

In order to contribute to the question, in the application of one of the instruments which our legal operator work with, when it faces the collision of Fundamental rights, it means that the judgment or the proportionality test., through this article, and with the study of the jurisprudence and the Colombian doctrine aims to convince that, in spite of being a parameter established to use it or not, it depends on the autonomy of the official competent, then in this way, the work will examine three main axes such as: the proportionality test, security arrangement, and the elements of the disciplinary responsibility of the judiciary operator.

Key Words: Security measure, proportionality test, disciplinary responsibility, Judge Warranty Control.

INTRODUCCIÓN

En el sistema democrático, las instituciones del Estado y los funcionarios públicos tienen en sus manos la garantía de la vigencia de los derechos fundamentales de las personas que la constituyen, procurando el mayor bienestar de la población mediante el servicio a la comunidad. Con la Constitución Política de 1991, en Colombia, afloramos una realidad propia de los ciudadanos que la integran, en la cual, se ha vuelto un hecho cotidiano que la respuesta cuando se presentan colisión de derechos es optar por la ponderación de aquellos.

En esta perspectiva, para el Juez de Control de Garantías ³ como parte de su compromiso con la vigencia de los derechos fundamentales y el fortalecimiento de la institucionalidad democrática en el país limita el derecho a la libertad dentro del proceso penal, en tal sentido, las potestades de este sólo pueden restringirse siempre que el objetivo sea legítimo, que la medida sea idónea y adecuada para alcanzarlo, y que de entre varias posibles medidas se adopte la menos restrictiva (Martínez & Zúñiga, 2012, p. 3).

El operador judicial además del cargo que ostenta, tiene la condición de Servidor Público⁴, por lo cual, deberá responder por la transgresión de la Constitución Política de Colombia, las leyes, por la omisión en el ejercicio de sus funciones o por extralimitación en ellas, función que debe estar caracterizada por la imparcialidad, concepto que no implica desconocimiento o desentendimiento del ejercicio su actividad sino la objetividad en el momento de emitir juicios de valor en cualquier momento procesal.

Ahora bien, no obstante lo anterior, el operador judicial está dotado de autonomía la cual tiene ciertos límites que se concretan en el respeto por los principios y fines del Estado, la vigencia de los derechos fundamentales y la observancia de las demás normas constitucionales pues por más autonomía

³ La figura del Juez de Control de Garantías nace a partir del acto legislativo 003 de 2002 consagrado en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal ley 906 de 2004, el cual señala que la función de control de garantías será ejercida por un Juez Penal Municipal del lugar en que se cometió el delito, Asimismo establece los límites y controles al ejercicio del monopolio de la persecución penal quienes apoyados en las reglas jurídicas hermenéuticas deberán establecer la proporcionalidad, razonabilidad, y necesidad de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales solicitadas por la fiscalía, o evaluar la legalidad de las actuaciones objeto de control posterior. Universidad de San Buenaventura Cali (n.d) El rol del Juez de Control de Garantías en la audiencia preliminar de imputación. Extraída Agosto 10, 2015, desde http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/459/1/Rol_Juez_Garantias_Soto_2012.pdf.

⁴ Ha de tratarse de una actividad de carácter prestacional, con lo que queda al margen del concepto la eventual actividad de producción de bienes que puedan desarrollar los poderes públicos. Colombia, Corte Constitucional (2010) Sentencia C-378 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio Bogotá

dada a los administradores de justicia esta no es total, debiendo existir unos controles posteriores a las decisiones emitidas por estos, los cuales constituyen el limite delgado para que se de paso a la arbitrariedad, lo que desencadenaría en inseguridad jurídica, y de un plano de desigualdad abismal entre las partes que se hacen parte del litigio (Corte Constitucional, Sentencia C - 591/2014)

En este sentido la imposición de la medida de aseguramiento hoy por hoy cumple unos objetivos diferentes a la misionalidad que en sentido estricto se persigue en desarrollo del Código de Procedimiento Penal ley 906 de 20045, normatividad garantista por excelencia en la aplicación de cualquier figura, atentando esta medida contra una verdadera política criminal ya que la medida de aseguramiento es una medida provisional, preventiva, la cual requiere un control de legalidad formal y material, parte del Juez de Control de Garantías quien ha de verificar entre otros requisitos la necesidad y la finalidad de la medida, sumado a un análisis material desde el panorama constitucional ,valiéndose de la aplicación si es del caso del principio de oportunidad.

Aunado a lo anterior, subyace al interior de este estudio, la salvaguarda del derecho a la libertad⁶, que si bien desde la consagración constitucional no es un derecho absoluto, su limitación tampoco debería ser la regla general dentro del Procedimiento Penal, debiéndose ejercer sobre el un juicio de ponderación frente a otros derechos conculcados, garantizando con ello el orden justo de las cosas.

5 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

6 Consagrado en el artículo 28 de la Constitución Política de Colombia, definida como la tranquilidad del espíritu que proviene de la opinión que cada uno tiene de su seguridad. la Corte Constitucional afirmó que la libertad personal, principio y derecho fundante del Estado Social de Derecho, comprende la posibilidad y el ejercicio positivo de todas las acciones dirigidas a desarrollar las aptitudes y elecciones individuales que no pugnen con los derechos de los demás ni entrañen abuso de los propios, como la proscripción de todo acto de coerción física o moral que interfiera o suprima la autonomía de la persona sojuzgándola, sustituyéndola, oprimiéndola o reduciéndola indebidamente. Colombia, Corte Constitucional (1993) sentencia C-301 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz Bogotá

La metodología amparada en el presente escrito, hace referencia a una investigación cualitativa-hermenéutica⁷, para lo cual se indaga y analiza la doctrina y jurisprudencia colombiana, que fueron la base para la construcción del estudio presentado en este artículo de investigación, el cual busca revelar cada uno de los componentes que integran la Responsabilidad Disciplinaria en que incurre el servidor público que prescinde de la realización del test de proporcionalidad en la imposición de la medida de aseguramiento, transgrediendo el bien jurídico tutelado la libertad.

Asimismo, se pretende comprobar que los elementos de Responsabilidad Disciplinaria⁸ que se han establecido, se apliquen al operador judicial, que por la existencia del deber de olvido, genera la inaplicación del test de proporcionalidad frente la imposición de la medida de aseguramiento. Finalmente recordar el marco jurídico en materia penal que encuadra la solicitud de medida de aseguramiento, en la ley 906 de 2004⁹.

1. JUICIO DE PROPORCIONALIDAD

Los antecedentes del juicio de proporcionalidad datan de países como Prusia en la cual por la desproporción de la violencia que vivía ese lugar se vieron abocadas a la creación de la proporcionalidad como criterio de limitación de los abusos y arbitrariedades a los que sometían a sus habitantes. (Vivas ,2012 p.34).

7 Universidad de Chile. (n.d) hermenéutica y análisis cualitativo Extraído Agosto 10, 2015 desde <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/CDM/issue/view/2353>

8 Hace referencia a la falta que comete el servidor público por la acción y omisión. la administración puede imponer sanciones que se regulan por normas jurídicas específicas que hacen relación al poder disciplinario responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos. Universidad de Pamplona (2011) Código Disciplinario Único con notas de Vigencia 2011. Extraído agosto 10, 2015, desde http://www.unipamplona.edu.co/unipamplona/portallG/home_1/recursos/dependencias/control_interno_disciplinario/06052015/codigo_disciplinario_unico.pdf

9 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal.

Al respecto, Vivas (2012) señala que

En Colombia como en Prusia, de donde se conoce sus antecedentes, el concepto de fue implementado, en primera instancia, como criterio para someter la actuación de la Administración en ámbitos policivos. La desproporción de la violencia en el desalojo de un inmueble o la desproporción de la medida de la expropiación forzosa fueron objeto de limitación por medio del concepto de proporcionalidad p.34).

En países como Colombia el concepto de proporcionalidad fue incorporado por los pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia¹⁰ con ocasión de la presentación de las pugnas afectadas con el derecho a la igualdad, para lo cual la Corte profirió algunos criterios como son: adecuación, necesidad y de estricta proporcionalidad como exigencias a los razonamientos base de la diferenciación, dentro del llamado Test de Razonabilidad o de Igualdad. Ahora bien para el pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre los criterios del test de proporcionalidad se hizo necesario tomar referentes históricos como los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹¹. para adoptar lo que hoy conocemos como el Juicio de Proporcionalidad o de igualdad (Vivas, 2012, p. 36).

La influencia del Test de Proporcionalidad en Colombia se divide en tres aspectos así (1) un juicio de la igualdad de influencia Europea, que sigue el modelo del principio de proporcionalidad; (2) un segundo juicio, de influencia norteamericana, que se funda en la distinción entre tres tipos de escrutinios

10 Colombia Corte Constitucional (1994), Sentencia T-230 Magistrado Ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz Bogotá.

¹¹ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos propendía por el enfoque de los niveles de intensidad, en escrutinios leve, intermedio y estricto, dependiendo de que la atribución de las materias objeto de restricción o Limitación pertenezcan a intereses protegidos por la Constitución o por la asignación de competencia al legislador, lo que determina el nivel de juicio de proporcionalidad, de la misma manera en que fue concebido por la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica. Bernal (n.d) El principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales, julio 1, 2015, desde http://portal.uexternado.edu.co/pdf/2_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf.

de igualdad¹²; y un original juicio integrado de igualdad, que pretende ser una simbiosis entre los dos primeros esquemas (Pulido, 2003, p. 5).

De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el juicio de igualdad varía en su intensidad según los criterios que utilice el legislador para establecer un determinado trato diferenciado. (...) la Corte se encuentra obligada a realizar un juicio de igualdad estricto, en cuya virtud la norma que consagra la diferenciación se reputa prima facie inconstitucional, salvo que se logre justificar que la medida en cuestión persigue un objetivo constitucionalmente imperioso que no pueda ser alcanzado por otro medio menos gravoso. La prohibición constitucional que expresamente excluye ciertos tratos discriminatorios, la cual da lugar al juicio estricto de igualdad, se funda en la constatación histórica de que determinados grupos sociales, caracterizados por algún rasgo especial, suelen lamentablemente ser sometidos a tratos desiguales., esta Corporación ha considerado que el juicio de igualdad es de carácter débil, como quiera que sólo debe verificarse que el trato diferenciado bajo análisis resulta adecuado para conseguir una finalidad permitida por la Constitución Política. Dado que esta modalidad del juicio de igualdad se aplica sobre ámbitos donde el legislador goza de una amplia libertad de configuración política, el grado de intensidad del escrutinio que lleva a cabo el juez constitucional no puede ser de tal magnitud que termine por sustituir la función que le corresponde desarrollar al Congreso como representante de la voluntad popular (Corte Constitucional, Sentencia C - 563 de 1997).

¹² Escrutinio débil: consta de dos exigencias: a) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo; y b) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzar. Vivas (2012) control al juicio de proporcionalidad de la corte constitucional colombiana. Extraído julio 1,2015 desde http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/105_14799_control-al-juicio-deproporcionalidad-de-la-corte-constitucional-colombiana.pdf.

Escrutinio estricto: se fundamenta en criterios “sospechosos” como la raza o –de acuerdo con la tendencia jurisprudencial expansiva que se conoció en Estados Unidos durante la década de los setenta- la condición social, la orientación sexual, la edad o la minusvalía. . Vivas (2012) control al juicio de proporcionalidad de la corte constitucional colombiana. Extraído julio 1,2015 desde http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/105_14799_control-al-juicio-deproporcionalidad-de-la-corte-constitucional-colombiana.pdf

Escrutinio intermedio: que se aplica para los casos en que el Estado aplica diferencias fundadas en los criterios sospechosos, pero no para discriminar a los grupos o individuos tradicionalmente desfavorecidos, sino todo lo contrario: para intentar favorecerlos y así alcanzar la igualdad real. Vivas (2012) control al juicio de proporcionalidad de la corte constitucional colombiana. Extraído julio 1, 2015 desde http://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/105_14799_control-al-juicio-deproporcionalidad-de-la-corte-constitucional-colombiana.pdf

El anterior pronunciamiento propició cierto desacuerdo e inconsistencias en el ámbito judicial, al percibirse que la aplicación del Test de Proporcionalidad se aplica con distingo de ámbitos, dada la libertad de configuración política, con la observación de tres etapas así: La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual, la validez de ese objetivo a la luz de la Constitución.; y la razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido adoptando finalmente la aplicación del Test de Proporcionalidad Europeo decisiones, al que denominó Test de Razonabilidad o Test de Igualdad.

En el caso concreto del principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa, por tanto, que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra que es (1) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; (2) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, para alcanzar el fin; y (3) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios (dentro de los cuales se encuentra el principio de igualdad) que tengan un mayor peso que el principio que se quiere satisfacer mediante dicho trato (Corte Constitucional, Sentencia C - 022 de 1996).

El juicio integrado de proporcionalidad, trae consigo los rasgos positivos del continente Europeo y Estadounidense en la que se establece un mayor rigor, siendo necesario efectuar una graduación de los casos en concreto, para que así se determine la utilidad o no de alcanzar los fines constitucionales. Así las cosas la Corte Constitucional dan carta abierta la posibilidad de armonizar el Test de Proporcionalidad con el Test de Igualdad en otros ámbitos relacionados con la posible afectación de derechos fundamentales (Corte Constitucional, Sentencia C - 093 de 2001.).

La complementariedad entre el juicio de proporcionalidad y los test de igualdad, así como sus fortalezas y debilidades relativas, han llevado a la doctrina, con criterios que esta Corte prohija, a señalar la conveniencia de adoptar un juicio integrado de igualdad, que aproveche lo mejor de las dos metodologías. Así,

este juicio o test integrado intentaría utilizar las ventajas analíticas de la prueba de proporcionalidad, por lo cual llevaría a cabo los distintos pasos propuestos por ese tipo de examen: adecuación, indispensabilidad y proporcionalidad estricto sensu. Sin embargo, y a diferencia del análisis de proporcionalidad Europeo, la práctica constitucional indica que no es apropiado que el escrutinio judicial sea adelantado con el mismo rigor en todos los casos, por lo cual, según la naturaleza de la regulación estudiada, conviene que la Corte proceda a graduar en intensidad cada uno de los distintos pasos del juicio de proporcionalidad, retomando así las ventajas de los Test Estadounidenses. Así por ejemplo, si el Juez concluye que, por la naturaleza del caso, el juicio de igualdad debe ser estricto, entonces el estudio de la “adecuación” deberá ser más riguroso, y no bastará que la medida tenga la virtud de materializar, así sea en forma parcial, el objetivo propuesto. Será necesario que ésta realmente sea útil para alcanzar propósitos constitucionales de cierta envergadura. Igualmente, el estudio de la “indispensabilidad” del trato diferente también puede ser graduado. Así, en los casos de escrutinio flexible, basta que la medida no sea manifiesta y groseramente innecesaria, mientras que en los juicios estrictos, la diferencia de trato debe ser necesaria e indispensable y, ante la presencia de restricciones menos gravosas, la limitación quedaría sin respaldo constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C - 093 de 2001).

Ahora bien, teniendo claridad por la posición adoptada por Colombia frente a la denominación del Test de Proporcionalidad-Igualdad, es preciso resaltar que la Corte Constitucional en la sentencia 091 de 2001 deja entrever la necesidad de la existencia de controles teniendo en cuenta la autonomía judicial imperante pues el Juez Constitucional en aplicación de la norma del 91 posee amplias facultades que limitan la discrecionalidad del órgano legislativo.

En desarrollo el de Test de Razonabilidad¹³ para su aplicación trae consigo una serie de pasos los cuales permiten la aplicación de este sin perder de vista el fin

¹³La Corte constitucional en sentencia 673 de 2001 ha venido aplicando en sus fallos diversos métodos para la determinación de posibles vulneraciones al principio constitucional de la igualdad (art. 13 C.P.) Entre dichos métodos se encuentra el test de razonabilidad. Este es sólo un método para la determinación de vulneraciones del principio de igualdad. Por supuesto, puede haber otros métodos para alcanzar dicha finalidad, por lo que la Corte sólo opta por aplicar el test de razonabilidad en la medida que se muestra en este caso como un método idóneo, más no exclusivo. Colombia, Corte Constitucional (2001) Sentencia 673 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa Bogotá.

constitucional así: el análisis del fin buscado por la medida, el análisis del medio empleado y el análisis de la relación entre el medio y el fin. Los pasos mencionados dejan entrever la intensidad de la realización del test en un caso en concreto según se trate de un test estricto, intermedio o leve¹⁴.

El test leve se limita a establecer la legitimidad del fin y de la medida, debiendo ésta última ser, además, adecuada para alcanzar el fin buscado. En consecuencia, la Corte se limita cuando el test es leve, por una parte, a determinar si el fin buscado y el medio empleado no están constitucionalmente prohibidos y, por otra, a establecer si el medio escogido es adecuado, esto es, es idóneo para alcanzar el fin propuesto (Corte Constitucional, Sentencia C - 673 de 2001).

A través del Test leve de proporcionalidad se pretende instar al operador judicial en cualquiera de sus manifestaciones a que sus decisiones estén alejadas de tintes arbitrarios y caprichosos y por ende gocen de razonabilidad. (...) El juicio de proporcionalidad en sentido estricto exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales por la medida (Corte Constitucional, Sentencia C - 673 de 2001).

Un test menos intenso llamado test intermedio ha sido empleado por la Corte para analizar la razonabilidad de una medida legislativa, en especial 1) cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o 2) cuando existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia (Corte Constitucional, Sentencia C - 673 de 2001).

¹⁴ Colombia Corte Constitucional (2001) Sentencia C-673 Magistrado Ponente. Manuel José Cepeda Espinosa Bogotá

TABLA 1. DE LOS NIVELES DE INTENSIDAD¹⁵

LEVE	INTERMEDIO	ESTRICTO
Fin Legítimo	1. Legítimo (no estar prohibido) 2. Constitucionalmente importante (su necesidad no es prescindible, ni irrelevante, v. gr., interés público y/o magnitud del problema a resolver)	Legítimo. Importante Imperioso)
Medio Adecuado (idóneo)	1. Adecuado (idóneo) 2. Efectivamente conducente	1. Adecuado 2. Efectivamente conducente 3. Necesario (no existencia de medio alternativo menos lesivo) 4. Juicio de proporcionalidad en estricto sentido (los beneficios exceden las restricciones)

¹⁵Díaz, G (2012) Control al Juicio de Proporcionalidad de la Corte Constitucional Colombiana. Universidad Católica. 6,.42)

<p>Materia</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Económica 2. Tributaria 3. Política internacional 4. Competencia específica dada por la Constitución 5. Normatividad preconstitucional derogada que aún surte efectos 6. No se aprecia prima facie amenaza para el derecho en cuestión 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Afectación de derechos constitucionales no fundamentales 2. Cuando exista un indicio de arbitrariedad que afecte la libre competencia 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uso de criterios sospechosos de discriminación (Artículo 13, Constitución Política) 2. La medida recaiga en personas reconocidas como: en situación de debilidad manifiesta, grupos marginados y minorías 3. La medida afecte prima facie gravemente el goce de un derecho fundamental. 4. La medida crea un privilegio
<p>Se parte de la presunción de Constitucionalidad de la medida</p> <p>Elementos que prima facie no arrojan dudas de la presunción.</p> <p>Hace más exigente la demostración de la inconstitucionalidad por el demandante</p>	<p>Basta la demostración de la prohibición constitucional del fin de la norma o del medio empleado o la demostración de que el medio es manifiestamente inadecuado para la obtención del fin</p>	<p>Presentar el cuestionamiento que indique prima facie inquietudes claras o sospechas sobre el contenido de la norma demandada, v. gr., una clasificación fundada en la opinión religiosa, el sexo o la raza.</p> <p>Corresponde al autor de la medida asumir la carga de justificar su constitucionalidad o la inversión en la carga de la prueba a favor del ciudadano</p>

Fuente de elaboración propia.

Estos tipos de intensidades en estricto sentido son la razón de ser de la necesidad de la existencia de un mayor grado de responsabilidad sobre la actuación del Juez de Control de Garantías, debido a que este es un Juez Constitucional por excelencia, que si bien no es parte del proceso o juicio penal que inicia desde luego con una investigación previa para verificar un indicio y poder determinar la existencia o no de una conducta punible, debe proteger el

inicio de la misma con acciones de verificación protegidas por nuestra norma constitucional.

El funcionario judicial deberá desde su actuación judicial realizar siempre juicios de ponderación en todo el desempeño procesal independiente del momento judicial en la que se encuentren, siendo aquel obligado a preservar en cada escenario las prerrogativas de las personas procesadas, para así poder sopesar la intrusión de los derechos fundamentales frente a la necesidad de la importunación penal.

En manos del Juez, se encuentra una gran responsabilidad, como la de intervenir en lo tocante con las medidas de aseguramiento¹⁶, particularmente, pues esta limita el derecho a la libertad de las personas, teniendo la ponderación como principio, busca la protección y no la vulneración de los derechos de los ciudadanos, no será jamás de recibo que unas personas tome o preconice las decisiones que tienen injerencia en la vida de un hombre.

Tomando como punto de partida nuestra Constitución Política de Colombia en el cual se enmarcan los principios sobre los cuales se circunscribe el desarrollo de las actuaciones legales, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido la aplicación del principio de proporcionalidad sin que exista mengua del derecho a la igualdad, el principio de igualdad, el concepto de proporcionalidad significa que un trato desigual no vulnera ese principio sólo si se demuestra (1) adecuado para el logro de un fin (2) necesario, en términos del sacrificio de otros principios constitucionales, y (3) proporcionado(...)(Corte Constitucional, Sentencia C - 022 1996).

¹⁶ Las medidas de aseguramiento están consagradas a nivel internacional, con la finalidad de lograr la comparecencia del procesado y proteger a la comunidad y a la víctima, y evitar la obstrucción de la actividad probatoria. Colombia, Corte Constitucional (2008) Sentencia C-318 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño Bogotá.

La vinculación del principio de proporcionalidad en los juicios que debe realizar el Juez de Control de Garantías en la audiencia de solicitud de medida de aseguramiento, no es anodina, al contrario este junto con sus sub principios de necesidad, idoneidad y ponderación constituyen la concreción del ideal supremo y el valor jurídico por excelencia de nosotros los abogados la justicia (Carbonell, 2008).

Al examinar la legalidad de la medida el Juez deberá establecer si efectivamente se observaron principios como el debido proceso en la imposición de la medida de aseguramiento i) orden escrita de autoridad judicial competente, ii) adopción de la medida con base en las formalidades legales y iii) motivos previamente fundados en la ley (Corte Constitucional, Sentencia C - 805 de 2002).

Aunado a lo anterior y en desarrollo de nuestro marco constitucional, aquella, solo procede cuando se cumple algunos de los enunciados descritos en la norma del 1991, Bloque de Constitucionalidad y Ley penal. No obstante, cuando se inobservan los presupuestos señalados en el Test de proporcionalidad-, es imperativo con base en este error material la realización control de legalidad, pues no se puede permitir el menoscabo de un derecho fundamental como libertad.

El operador con función de control de garantías debe tener presente que la medida adoptada cumpla con aspectos adecuados para alcanzar la finalidad perseguida, necesidad que justifique la injerencia en los derechos del otro, la consecuencia jurídica de la conducta investigada, importancia de la causa que se ventila exigencias de política criminal (Aponte, 2006, p. 34).

A partir de la jurisprudencia podemos establecer conceptos básicos sobre el principio de proporcionalidad a nivel internacional, vislumbrando semejanzas y diferencias que nos permitirán fijar un punto de partida de cómo vamos en

nuestro país Colombia respecto de países como España. En esta latitud habla Pereira Sáenz de la existencia del principio de proporcionalidad emana del Derecho Europeo y un principio de razonabilidad proveniente del sistema anglosajón, pero independientemente de sus orígenes lo importante es señalar que para el Tribunal Constitucional Español el principio de oportunidad no tiene asidero en la Constitución Política Española sino jurisprudencial, naciendo a partir de una prohibición de la arbitrariedad. (Sáenz n.d, p.22)

El Tribunal Español al igual que los Tribunales en Colombia, en sentido amplio, establece que el principio de proporcionalidad se aplica desde 3 juicios de 1.Idoneidad, 2.Necesidad, 3.Proporcionalidad, para lo cual, la Corte Constitucional)reitera que en nuestro País el Test de Proporcionalidad se rige por los tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, definiendo el primero de ellos como toda injerencia en los derechos fundamentales la cual debe estar fundada en un fin constitucionalmente válido. De acuerdo con el subprincipio de necesidad, la limitación al derecho es válida siempre y cuando no exista otra medida similar con la cual la restricción al derecho sea inferior. Finalmente la proporcionalidad está dada en la afectación del derecho fundamental, en la que esta medida deberá sustentar la justificación de la imposición de aquella (Corte Constitucional, Sentencia C – 805 de 2002)

3. LA MEDIDA DE ASEGURAMIENTO¹⁷

La figura de la medida de aseguramiento se inserta dentro de la noción de la libertad personal como elemento esencial y armónico del mismo, pues pese a su carácter limitado, los casos en que tal limitación tienen ocurrencia deberán tener asidero jurídico descrito expresamente por ley siendo claro, en consecuencia,

¹⁷ Las medidas de aseguramiento están consagradas a nivel internacional, con la finalidad de lograr la comparecencia del procesado y proteger a la comunidad y a la víctima, y evitar la obstrucción de la actividad probatoria Colombia, Corte Constitucional (2008), Sentencia C-318, (Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño) (Bogotá).

que tratándose de la libertad personal la Constitución Política establece una estricta reserva legal (Corte Constitucional, Sentencia C - 327 de 1997).

Por tratarse de una restricción a la libertad personal, la medida de aseguramiento debe estar precedida de los fundamentos jurídicos que conforme al artículo 28, de la Constitución Política Colombiana la autorizan de manera excepcional al disponer que : Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, salvo que concurren tres requisitos, a saber: 1) mandamiento escrito de autoridad judicial competente, 2) que se expida con la observancia de las formalidades legales y 3) por la existencia de motivos previamente definidos en la ley. (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 28).

Al lado de la naturaleza excepcional de la detención preventiva y de su vinculación a fines (necesidad), se ha desarrollado el principio de gradualidad de las medidas de aseguramiento, introducido por el propio legislador al establecer un plexo de posibilidades para el aseguramiento de los fines del proceso, que va desde la privación de la libertad en establecimiento carcelario, o en la residencia del imputado, pasando por otra serie de medidas no privativas de la libertad que pueden resultar más idóneas y menos gravosas, para los fines cautelares de aseguramiento de la comparecencia del imputado, de la prueba, o de la protección de la comunidad y de la víctima. De acuerdo con este principio el Juez podrá imponer una o varias medidas de aseguramiento, conjunta o indistintamente, según el caso, adoptando las precauciones necesarias para asegurar su cumplimiento. Si se tratare de una persona de notoria insolvencia, no podrá el juez imponer sanción prendaria (Corte Constitucional, Sentencia U 038 de 2008).

La vinculación a fines de la decisión de imponer una medida de aseguramiento. El criterio de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad no es un argumento creado con el fin de incrementar las cargas que tiene consigo el Juez de Control de Garantías al ser este el funcionario competente para la imposición, siendo entonces la misma Corte Constitucional quien ha impuesto la utilización de criterios para la determinación de la endilgacion o no de la medida de

aseguramiento, para lo cual señala el artículo 250 numeral 1 la observancia del criterio de necesidad al momento de la imposición de la medida, en sujeción de los fines que constitucionalmente le son adscritos (Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001).

El artículo 308 del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004¹⁸, norma que al establecer los presupuestos para decretar una medida de aseguramiento, además de los relativos a las exigencias probatorias sobre una probable participación del imputado en la conducta delictiva que se investiga, condiciona su imposición a la concurrencia de cualquiera de los siguientes requisitos: 1. Que la medida de aseguramiento se muestre como necesaria para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.² que el imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima.³ Que resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia. Son éstas las únicas finalidades admisibles, que de acuerdo con el orden jurídico, pueden llevar a una privación de la libertad como medida cautelar (Corte Constitucional, Sentencia C-695 de 2013).

Es preciso diferenciar dos momentos procesales que no pueden ser objeto de confusión así el juicio en cuyo momento se atribuye responsabilidad penal y como consecuencia se interna a las personas en centro de reclusión y la imposición de la medida de aseguramiento de detención preventiva. En este orden de ideas el escenario para la ocurrencia de la medida de aseguramiento es la audiencia preliminar, en la cual la Fiscalía solicita la Juez con función de Garantías mediante el aporte de los elementos materiales probatorios y la imposición de la medida.

Un aspecto importante dentro de la aplicación de la medida de aseguramiento establecer resaltar que los fines de esta no son penales sino procedimentales,

¹⁸ Por medio del cual se crea el Código de Procedimiento Penal

aspecto que permite entrever que decretándola no se está dictándose sentencia anticipada, ni se está dando finalización al caso en litigio.

La medida de aseguramiento busca una serie de fines de raigambre constitucional e imperativo acatamiento, como los de asegurar la comparecencia de los imputados al proceso penal, conservar las pruebas y proteger tanto a la comunidad como a las víctimas y en últimas, garantizar la coexistencia entre los asociados. Se trata de medidas que tienen un carácter preventivo, mientras se determina la responsabilidad del imputado o acusado. Por ende, no constituyen propiamente una sanción, como quiera que su naturaleza es la de una actuación cautelar, eminentemente excepcional, cuyo carácter es meramente instrumental o procesal, más no punitivo, por lo que no debe estar precedida de la culminación de un proceso, ya que son esencialmente preventivas. Así mismo, resaltó, que la libertad no es un derecho absoluto e ilimitado, pues dentro de la potestad www.corteconstitucional.gov.co de configuración del legislador puede ser restringido preventivamente, por excepción y bajo los rigurosos principios constitucionales de necesidad y razonabilidad (Corte constitucional, Sentencia C - 038 de 2004).

Para tal efecto, la Corte constitucional en la Sentencia C 038 de 2004 resaltó la importancia de la realización del Test de Proporcionalidad determinando que el legislador no excedió sus funciones al fijar parámetros para la determinación de la medida, debiendo el operador judicial al realizar en cada caso un análisis del caso en concreto de acuerdo a las realidades propuestas (Corte constitucional, Sentencia C - 038 de 2004).

No obstante lo anterior, la medida de aseguramiento dentro de un Estado Social de Derecho como el nuestro , no puede convertirse en una medida mecánica, y general, permitiendo su aplicación en los casos diversos a los estrictamente ordenados por ley , pues aquel debe propender por la garantía, efectividad de los derechos y libertades de las personas, garantizar la vigencia de los principios constitucionales (la presunción de inocencia), y promover el respeto de la dignidad principios consagrados en la nuestra Constitución Política de 1991.

Bajo esta consideración, para que proceda la medida de aseguramiento no sólo es necesario que se cumplan los requisitos formales y sustanciales que el ordenamiento impone, sino que se requiere, además, y con un ineludible alcance de garantía, que quien haya de decretarla sustente su decisión en la consideración de las finalidades constitucionalmente admisibles para la misma.

2. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

El Artículo 123 de la Constitución Política de 1991, dejó sentada la denominación y extensión del término Servidor Público, de la siguiente forma: son Servidores Públicos los miembros de las Corporaciones Públicas, los empleados y trabajadores de la Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los Servidores Públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la Ley, el Reglamento y la Constitución Política de Colombia

Una de las consecuencias de ser considerado Servidor Público, son los principios bajo los cuales se rige su actividad, los cuales, están consagrados en artículo 124 de la Carta del 1991, que establece: la Ley determinará la responsabilidad de los Servidores Públicos y la manera de hacerla efectiva. Asimismo conforme lo establece el Artículo 24 de la Ley 734 de 2002 Código Disciplinario Único¹⁹, la ley disciplinaria se aplicará a sus destinatarios cuando incurran en falta disciplinaria dentro o fuera del territorio nacional, siendo sujetos los Servidores Públicos. Así, de manera precisa, la Constitución Política de 1991 en su artículo 256 numeral 3° prevé como una de las competencias del Consejo Superior de la Judicatura, la de examinar la conducta y sancionar las

¹⁹ por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

faltas de los funcionarios de la rama judicial, regla que es luego reiterada en el artículo 75 de la Ley 270 de 1996,²⁰ (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 256).

Siendo el Juez de Control de Garantías un Servidor Público, condición que hace que este inmerso este dentro de las normas destinadas por el legislador para juzgar su conducta, es necesario ir de lleno a la fuente donde se encuentran reguladas las conductas dentro del Régimen Disciplinario de estos, para así poder determinar si de existir cuales son los elementos de la Responsabilidad Disciplinaria del Juez de Control de Garantías tras la omisión del test de proporcionalidad en la imposición de la medida de aseguramiento .

El artículo 230 de la Constitución Política, establece que los Jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la Ley, y que la Jurisprudencia, los Principios Generales del Derecho y la Doctrina, son criterios auxiliares de la actividad judicial. Por otra parte, el artículo 228 establece que la administración de justicia es una función pública, cuyas decisiones son independientes y cuyo funcionamiento es autónomo (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 230).

(...) la autonomía judicial y la libertad que tienen los jueces de interpretar y aplicar la ley no puede llegar al extremo de implicar un desconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, ni un incumplimiento del deber de proteger especialmente a aquellas que se encuentren en situaciones de debilidad manifiesta, reduciendo el ámbito de aplicación y por ende la eficacia de los mecanismos legales que desarrollen el objetivo constitucional de la igualdad(Corte Constitucional, Sentencia T – 1072 de 2000).

Para interpretar correctamente el concepto de sometimiento de los Jueces a la Ley y establecer el nivel de autonomía que tienen para interpretar el ordenamiento, el Juez Constitucional debe partir de la premisa de que las

²⁰ Por la cual se expide la ley Estatutaria de la Administración de Justicia

potestades y prerrogativas otorgadas a las autoridades estatales en la parte orgánica de la Constitución están sometidas a un principio de razón suficiente. En esa medida, la autonomía e independencia son garantías institucionales del poder judicial, que se legitiman constitucionalmente en tanto que son necesarias para realizar los fines que la Carta les asigna.

La razón de ser de la responsabilidad disciplinaria es atribuir sanciones a los Servidores Públicos tras la violación de sus deberes funcionales, máxime si la transgresión viene acompañada de conductas a título doloso, como cuando el Juez de Control de Garantía omite la realización del Test de Proporcionalidad e impone la medida de aseguramiento, separándose lo cual implicaría un mayor reproche para el funcionario pues se omite algo cuando se decide hacerlo, pues nuestros operadores judiciales son idóneos y conocedores de la normas que los rigen, por ende exigiría tal conducta la apertura de una investigación disciplinaria, caso que aunque no está expresamente consagrado como falta viene inmerso en muchas ocasiones de dolo y aspectos subjetivos obedeciendo a la voluntad o capricho de quien tiene la potestad de imponerla, por ello se hace necesario que este tipo de conductas sean incluidas de manera taxativa dentro del ordenamiento disciplinario.

Para el juzgamiento de estas conductas los Servidores Públicos no gozan de un fuero particular o especial consagrado en el artículo 174, pero si cuentan con uno general el cual les permite que su falta sea conocida por un ente competente o lo que llamaría en otras esferas del derecho un Juez natural, siendo en este caso el Consejo Superior de la Judicatura Sala Disciplinaria, la competente para juzgar las conducta de los miembros de la Rama Judicial entre otros un fuero de juzgamiento disciplinario para todos los funcionarios de la Rama Jurisdiccional, en su artículo 256, numeral 3. Este dispone que Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura:(...) 3) Examinar la conducta y sancionar las faltas de

los funcionarios de la rama judicial (....) (Corte Constitucional, Sentencia C - 948 de 2002).

Ahora bien, la existencia de un Código Disciplinario Único, no implica que para las diferentes ramas y órganos del Estado no se puedan dictar normas disciplinarias propias, conforme a la naturaleza especial de sus funciones, lo anterior pareciera que fuese en contravía con el principio de autonomía del cual gozan los operadores judiciales en ejercicio de sus funciones, pues esta potestad fue dada al legislador cuando como mencionábamos anteriormente existía libertad de configuración para el Régimen de Responsabilidad de los Servidores Públicos (Corte Constitucional. Sentencia C - 948 2002).

Por otra parte, ha de precisarse que de la existencia de un Régimen Disciplinario general no se puede deducir ni un peligro para la separación de los poderes ni una afectación de la autonomía funcional de los Jueces, máxime si se tiene en cuenta que ese régimen debe respetar siempre la autonomía que a éstos reserve la Constitución Política.

Importante precisión pues se podría pensar que la autonomía de los Jueces no está limitada y que en el evento de encontrarse irregularidades en la aplicación de esta si el Consejo Superior de la Judicatura, entrase a dirimir sería una intromisión o un irrespeto a esa autonomía consagrada también por el legislador.

La autonomía de la Rama Jurisdiccional está limitada por la intervención del Procurador como titular de la acción disciplinaria en ejercicio del poder preferente.

La posible vulneración de la autonomía de la Rama Judicial por cuanto la jurisdicción disciplinaria, instituida por el Constituyente dentro de la rama judicial ve desplazada su competencia jurisdiccional por un organismo que si

bien tiene a su cargo la vigilancia superior de la conducta oficial de los funcionarios públicos bien puede no tener atribuidos necesariamente el examen de la conducta y la sanción de las faltas de ciertos funcionarios, conforme a la propia Constitución. Lo anterior por cuanto a juicio de la Corte la vigilancia superior de la conducta de los funcionarios públicos no comporta como elemento necesario e inescindible el ejercicio de la potestad disciplinaria, sin perjuicio de la intervención del Procurador, como titular de aquella vigilancia superior, para poner en movimiento los mecanismos de control disciplinaria y para, en todo caso, actuar como parte en los procesos que se adelanten por los funcionarios judiciales sobre los cuales se ejerce la potestad disciplinaria y respecto de sus actuaciones(Corte Constitucional, Sentencia C - 948 2002).

De otra parte, pese a que lo expuesto en la sentencia citada constituye un gran avance pues limita la autonomía del operador judicial y propugna por el cumplimiento cabal de las funciones, debemos recordar, que las conductas que están descritas dentro del Régimen Disciplinario son tipos abiertos, pues no le es dable al legislador consagrar uno a uno todos los comportamientos que resuman las faltas en las cuales puede incurrir el servidor público, ya que la conducta realizada por el funcionario encierra aspectos de las funciones que les corresponden (Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002)

Es entonces el incumplimiento de los deberes funcionales lo que faculta la iniciación de la investigación disciplinaria, pues se trasgrede el correcto funcionamiento del estado, al respecto la Ley 734 de 2002 ²¹en sus artículo 48 y 50, traen consigo las faltas disciplinarias dividiéndolas en gravísimas, graves y leves. Finalmente y teniendo en cuenta lo expuesto sería objeto de estudio en otra oportunidad si tras la realización de una adecuación de la ley a nuestro tema de investigación como mencionábamos anteriormente la omisión del Test de Proporcionalidad en la imposición de la medida de aseguramiento, se podría subsumir la conducta descrita en alguna de las faltas definidas por el Código Disciplinario Único, lo anterior con el fin de que exista una sanción

²¹ por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

efectiva a la transgresión de un deber funcional del Juez Municipal de Control de Garantías.

Este ejercicio, nos permite determinar la importancia de la realización del Test de Proporcionalidad, por encontrarse en juego un derecho fundamental como la libertad, el cual, aún en el caso de una persona vinculada al proceso penal, debe ser garantizado por el estado no por la sociedad, es el juicio justo no arbitrario, subjetivo desprovisto de criterio del operador judicial, lo que lleva a la flagrante vulneración de los derechos consagrados en nuestra Constitución Política para todos los ciudadanos del territorio colombiano. Ahora bien, existiendo diferencias entre los sujetos, procesos y sus clases de responsabilidad, debemos precisar la del servidor público la cual es una responsabilidad objetiva: en la cual responde el Estado a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando (...) beneficio de la comunidad (...), causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos (...) (Díaz & Guerra, 2000, p. 93).

En este orden de ideas si se llegase a cometer alguna irregularidad dentro de las actuaciones de los servidores públicos incluyéndose por supuesto como es nuestro caso el Juez de Control de Garantías debe entrar a juzgar la conducta de existir mérito la Jurisdicción Penal no la Disciplinaria.

Dada la autonomía de las jurisdicciones de acuerdo a lo consagrado en la Constitución Política de 1991 en su artículo 228 no será de recibo que otras jurisdicciones tengan injerencia sobre las actuaciones e independencia de los jueces (Corte constitucional, Sentencia C - 417 de 1993).

Nuestra Constitución Política, consagró la competencia disciplinaria para el Consejo Superior de la Judicatura, dando plena autonomía jurisdiccional frente a

los actos que emanan de ella, escapando sus pronunciamientos de controles externos por parte de otras instituciones, ejemplo de ello la Procuraduría General de la Nación, ente de control que goza también de potestad disciplinaria para juzgar a los Servidores Públicos, en desarrollo del poder preferente conferido a esta por la norma del 1991.

Sin embargo no se puede olvidar un aspecto especial que acompaña a los operadores judiciales en su diaria labor, estos, además de llevar consigo la tarea administrar justicia deberían tener muy de la mano una norma que trajera consigo las responsabilidades de las actuaciones por parte de aquellos, por la confianza que se depositó entregándoles como prenda de garantía de su función los derechos de los ciudadanos, sin embargo para triste de muchos lectores la Corte Constitucional en sentencia - 417 de 1993, deja entrever que no existe Régimen Disciplinario aplicado a los funcionarios judiciales, situación que desde todo punto de vista es preocupante, pues en el estricto control que realiza el legislador par el cumplimiento de los fines del estado, olvido establecer la Responsabilidad Disciplinaria de aquellos que son los encargados de tutelar los viene jurídicos que el legislador tiene el deber de proteger? ¿O acaso no existe límite frente a las actuaciones de los jueces cuando administran justicia en casos como en la defensa de derechos fundamentales como la libertad.

Este tipo de preguntas llevan a considerar que además de operadores judiciales los jueces son servidores públicos y que el vacío existente por el legislador lo asimila o enmarcan en el Código Disciplinario Único ley 734 de 2002, vacío normativo que sigue existiendo pues en él tampoco existe ningún tipo de responsabilidad en torno a la decisiones judiciales, pues estas se cobijan dentro de la autonomía e independencia del Juez.

No existe actualmente norma especial que contenga el régimen disciplinario aplicable a los funcionarios judiciales, sino que éste es en principio el mismo que rige frente a todos los demás servidores del Estado, es decir el Código Disciplinario Único, actualmente contenido en la Ley 734 de 2002, cuyo Título XII se refiere de manera expresa al régimen disciplinario de los funcionarios de la Rama Judicial. Así pues, es claro y no ofrece ninguna duda que los funcionarios judiciales se encuentran sujetos en sus actuaciones a la potestad disciplinaria del Estado. Empero, es igualmente diáfano que esa sujeción no se extiende al contenido de las decisiones y providencias que dicten dentro del ejercicio de sus funciones, pues éste es producto de la autonomía e independencia que, según se explicó, caracterizan la función judicial. Como es obvio, esta regla general no impide que en situaciones verdaderamente excepcionales, en las que la discrecionalidad judicial se transforme en arbitrariedad y/o se emitan decisiones que desatiendan o contraríen textos legales cuya claridad no admita interpretación razonable, pueda la autoridad disciplinaria cuestionar esos contenidos. En relación con este tema esta corporación ha observado también una postura jurisprudencial clara y consistente, que resalta la invulnerabilidad de los actos y decisiones judiciales y de su contenido al poder disciplinario al que por regla general se encuentran sujetos los funcionarios judiciales, el cual no puede emitir cuestionamientos ni determinaciones sancionatorias a partir de tales contenidos (Corte Constitucional, Sentencia T - 238 de 2000).

Sin embargo todo regla general tiene su excepción, apreciación que para la Corte Constitucional en el auto 035 de 2011 trae consigo al señalar que pese a la independencia, cuando se presenten casos de irregularidad de los contenidos que no sean razonables a luz del derecho el Régimen Disciplinario puede intervenir para regular tal conducta (Corte Constitucional, Auto 035 de 2014).

Pese al postulado anterior la Corte Constitucional en Sentencia T - 238 2001 apunta a resaltar la invulnerabilidad de los actos y decisiones judiciales y de su contenido al poder disciplinario al que por regla general se encuentran sujetos los funcionarios judiciales, el cual, no puede emitir cuestionamientos ni determinaciones sancionatorias a partir de tales contenidos, quedando nuevamente en literal limbo la existencia de responsabilidad por los actos

emanados del operador judicial(Corte Constitucional, Sentencia T -238 de 2001).

El fallo señaló, en este sentido, que es claro y no ofrece ninguna duda que los funcionarios judiciales se encuentran sujetos en sus actuaciones a la potestad disciplinaria del Estado. Empero, es igualmente diáfano que esa sujeción no se extiende al contenido de las decisiones y providencias que dicten dentro del ejercicio de sus funciones, pues éste es producto de la autonomía e independencia que, según se explicó, caracterizan la función judicial. Como es obvio, esta regla general no impide que en situaciones verdaderamente excepcionales, en las que la discrecionalidad judicial se transforme en arbitrariedad y/o se emitan decisiones que desatiendan o contraríen textos legales cuya claridad no admita interpretación razonable, pueda la autoridad disciplinaria cuestionar esos contenidos(Corte Constitucional, Sentencia T -238 de 2001).

Realizando un parangón con países como Argentina el Consejo de Magistrados de la República de Argentina, la Judicatura establece el deber entonces reivindicar y reclamar el correcto ejercicio de las facultades disciplinarias por los órganos competentes, como modo de hacer efectivo el actuar responsable en la función que le incumbe. Pero, al mismo tiempo, resulta imprescindible fijar el marco y las reglas en que tales facultades deben ser ejercidas, sin arbitrariedad y otorgando al Juez las garantías necesarias que impidan que por esa vía se afecte su independencia y se juzgue, no ya su conducta, sino su libertad y autonomía en la valoración del derecho y de los hechos sometidos a juzgamiento (Máximo Pita, 2009, p. 4).

Esta problemática podría ser resultado de la vinculación de los jueces con la política, situación que a la luz del Sistema Español le confiere una facultad a las altas Cortes para sancionar conductas de los jueces, al disponer que deberán ejercitarse las facultades disciplinarias cuando por irregularidad de su conducta moral o por vicios que les hicieren desmerecer en el concepto público comprometieren el decoro de su ministerio.

Aunado a lo anteriormente expuesto, podemos establecer que la Corte Constitucional en Sentencia C-417 de 1993 como premisa identifico de manera general e imprecisa que la omisión del Test de Proporcionalidad podría enmarcarse dentro de las referencias a las faltas o negligencias en el cumplimiento de sus deberes. No obstante, la existencia de una conducta que puede perfectamente adecuarse a una falta disciplinaria no podrá ser típico pues la figura no existe. La Corte constitucional decantó el tema al señalar que la responsabilidad disciplinaria de los jueces no abarca el campo funcional (Corte Constitucional, Sentencia C - 417 de 1993).

La responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados no puede abarcar el campo funcional, esto es el que atañe a la autonomía en la interpretación y aplicación del derecho según sus competencias. Por consiguiente, el hecho de proferir una sentencia judicial en cumplimiento de la función de administrar justicia no da lugar a acusación ni a proceso disciplinario alguno. Si se comprueba la comisión de un delito al ejercer tales atribuciones, la competente para imponer la sanción es la justicia penal en los términos constitucionales y no la autoridad disciplinaria. Ello resulta de la autonomía garantizada en los artículos 228 y 230 de la Constitución (Corte Constitucional, Sentencia C - 417 de 1993).

Hilando más delgado en el tema²² sienta su precedente al afirmar que los Jueces Disciplinarios no tiene competencia para ejercer valoración al material probatoria y/o evidencias físicas, pues es el Juez ordinario el dueño director del proceso es el único funcionario idóneo para fijar y determinar la utilidad, pertinencia del material probatoria sobre el cual fundará sus decisiones. (Corte Constitucional, Sentencia C - 417 de 1993).

Así por ejemplo, la Sentencia T - 423 de 2008 confirmó la negación de una acción de tutela instaurada por una Magistrada del Consejo Seccional de la

²² Colombia, Corte Constitucional (1993) Sentencia C417 Magistrado. Ponente. José Gregorio Hernández Galindo Bogotá.

Judicatura que fue sancionada con destitución a partir de una situación debidamente establecida de mora generalizada en el trámite de los asuntos a su cargo.

En esa oportunidad consideró la Corte que una situación de este tipo no cabe dentro del concepto de autonomía judicial, y por el contrario constituye un incumplimiento de claros deberes que atañen al funcionario judicial, razón por la cual ni el procedimiento disciplinario seguido en contra de la tutelante ni la sanción que le fue impuesta generaban vulneración del debido proceso ni de otro derecho fundamental, ni lesionaban su autonomía funcional (Corte constitucional, Sentencia T - 423 de 2008).

Los Jueces son agentes importantes para el cambio jurídico, por la calidad de las decisiones que toman los jueces y el tema de la responsabilidad de los encargados de administrar justicias a la luz del Derecho Disciplinario, es un tema que debe ponerse de moda, cualidad *sine qua non* en este país para que sea de interés nacional, pues no hemos entendido la importancia y/o trascendencia de la realización del Test de ponderación para la realización de una audiencia en la cual como resultado se juegue con la limitación de derechos como la libertad y no siendo suficiente con el derecho a la propiedad.

En este orden de ideas, la limitación a derechos como la libertad tras la imposición de la medida de aseguramiento son medidas que encuentran pleno respaldo constitucional, no obstante, se debe garantizar el respeto al principio de legalidad, la observancia del debido proceso y, en últimas, asegurar el cabal cumplimiento de los fines del Estado y el acceso efectivo a la administración de justicia: su condición no es la de un simple interviniente sino la de un verdadero protagonista en la búsqueda de la verdad y la realización de la justicia.

Finalmente, y en ausencia de elementos de Responsabilidad Disciplinaria por la omisión del Test de Proporcionalidad, la aplicación del deber de respeto por los

principios de proporcionalidad y razonabilidad, ha entendido que los derechos constitucionales de las personas constituyen en límite de la autoridad penal del Estado.

3. CONCLUSIONES

El juicio de proporcionalidad en Colombia pasó de ser un control judicial excepcional de las violaciones al derecho a la igualdad a regular cualquier esfera del derecho, tras constituirse según los criterios de nuestra honorable Corte Constitucional en herramienta de interpretación constitucional ante el conflicto de derechos fundamentales.

La imposición de la medida de aseguramiento no es una herramienta automática e indiscriminada, pues para su imposición, debe estar precedida de criterios de necesidad, proporcionalidad y adecuación. Sin embargo, la aplicación de estos subprincipios son herramientas de interpretación dados a los operadores judiciales como medio para sustentar sus decisiones

De manera general, no es posible emitir sanciones de carácter disciplinario en contra de los servidores públicos que profieran sus decisiones a partir de interpretaciones y la utilización de la norma jurídica, en tal sentido, en aquellas situaciones en que se pretenda hacer valer la facultad disciplinaria por encima del criterio autónomo del Juez, constituirá esta, una violación al debido proceso de los funcionarios así debatidos, y sin lugar a dudas, un abuso de la potestad disciplinaria dada por mandato legal.

Por todo lo analizado anteriormente, es dable considerar que el cambio nacerá a partir de las futuras legislaturas, en las cuales, sean incluidas las normas sobre responsabilidad disciplinarias que permitan privación injusta de la libertad, sin la realización del test de proporcionalidad, más allá de un criterio de interpretación,

lo que a toda luz permitirá fortalecer con argumentos, los fallos que establezcan la responsabilidad personal de los operadores judiciales por faltas graves cometidas en el ejercicio de sus funciones, tanto civiles, penales como disciplinaria.

REFERENCIAS.

- Aponte. (2006). Manual Jueces con Función de Control de Garantías .Extraído noviembre 10, 2014, desde [csjportal/.../Instructivo jueces%20de%20control.doc](#).
- Ayala (2010). La responsabilidad del estado y de los jueces en Colombia y en España, a la luz de los principios del código iberoamericano de ética judicial
extraído octubre 1 de 2014 de [http://www.usta.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=104:la-responsabilidad-del-estado-y-de-los-jueces-en-colombia-y-en-espana-a-la-luz-de-los-principios-de&catid=58:decimo-primer&Itemid=146](#).
- Bernal (2003). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Extraído julio 1, 2015, desde. [http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002012000100003&script=sci_arttext](#) Rainer Arnold José Ignacio Martínez Estay Francisco Zúñiga Urbina (2).
- Carbonel, (2008) el principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, extraído julio 1, 2015, desde [**http://www.alfonsozambrano.com/minjusticia/220810/mjprincipio_proporcionalidad.pdf**](#).
- Colombia, Constitucional de Colombia (2004) Sentencia C-038 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (1993) sentencia C-301 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (1993) Sentencia C-417 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (1993) Sentencia C-417 Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo Bogotá

- Colombia, Corte Constitucional (1996) Sentencia C-022 Magistrado Ponente. Carlos Gaviria Díaz Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (1997) Sentencia C-563 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2000) Sentencia T-1072 Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2001) Sentencia C-093. Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2001) Sentencia C-836 Magistrado Ponente. Rodrigo Escobar Gil Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2001) Sentencia T -238 Magistrado Ponente Fabio Morrón Díaz Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2001). Sentencia C-673 Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2002) Sentencia C-155 Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2002) Sentencia C-948 Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2008) Sentencia T-423 Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2008).Sentencia C-318 Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño. Bogotá.
- Colombia, Corte Constitucional (2010) Sentencia C-378 Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2013) Sentencia C-695 Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla Bogotá
- Colombia, Corte Constitucional (2013) Sentencia C-695 Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla Bogotá.
- Colombia,(2001)Corte Constitucional, Sentencia C-774 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil Bogotá

- Garzón & Guerra, (2000). De la libertad responsabilidad del estado, extraído octubre 1, 2014, desde. <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis12.pdf>.
- Ley 906 de 2004, Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal .Agosto 31 de 2004.DO No. 45.657.
- Máximo (2009) Responsabilidad Disciplinaria de los Jueces Congreso de Magistrados y Funcionarios de la República argentina, extraído octubre 1 de 2014 desde http://www.fam.org.ar/noticias.asp?idn=785#.VVeqoo5_Okp.
- Moreno, (n.d) ¿Hacia un sistema jurídico sin precedentes Extraído octubre 1,2014 desde<http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho/articulos.htm>.
- Pereira (n.d) una contribución al estudio del empleo del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Español, extraído noviembre 12 2014, desde <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2336/1/ad-8-57.pdf>.
- Pulido, (n.d) El juicio de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. Extraído 01 de julio 2015 desde <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/242/pl242.htm>.
- Rodríguez (n d) El verdadero significado del servidor público. Extraído 01 de julio de 2015 desde <https://www.google.com.co/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF8#q=el%20verdadero%20concepto%20de%20servidor%20publico>Universidad libre.
- Sáenz (n.d) Una Contribución al Estudio del Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia Reciente del Tribunal Constitucional Español. Extraído octubre 11, 2014, desde <http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2336/1/AD-8-57.pd>.
- Surroca, C. (n.d). Ley 2490/2009 Régimen Disciplinario de los Jueces Magistrados,extraído octubre 1,de 2014,desde,<http://www.juecesdemocracia.es/pdf/RegidisciJueyMagFeb09.p>

- Universidad de Chile. (n.d) hermenéutica y análisis cualitativo Extraído Agosto 10, 2015 desde <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/CDM/issue/view/2353>.
- Universidad de Pamplona (2011) Código Disciplinario Único con notas de Vigencia 2011. Extraído agosto 10, 2015, desde http://www.unipamplona.edu.co/unipamplona/portallG/home_1/recursos/dependencias/control_interno_disciplinario/06052015/codigo_disciplinario_unico.pdf.
- Universidad de San Buenaventura Cali (n.d) El rol del Juez de Control de Garantías en la audiencia preliminar de imputación .Extraída Agosto 10, 2015, desde http://bibliotecadigital.usbcali.edu.co/jspui/bitstream/10819/459/1/Rol_Juez_Garantias_Soto_2012.pdf.
- Vivas (2012) El Control al Juicio de Proporcionalidad de la Corte Constitucional Colombiana Corte://portalweb.ucatolica.edu.co/easyWeb2/files/105_14799_control-al-juicio-de-proporcionalidad-de-la-corte-constitucional-colombiana.pdf.